

LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO –IVE– COMO CAUSA DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL

*Camilo Iván Machado Rodríguez**

El hombre sólo es libre en el momento de su decisión. Tan pronto como la decisión ha sobrevenido, se siente ligado por ella.

HERMANN ALEXANDER GRAF KEYSE

Resumen. Se analizan los diferentes sistemas que han intentado dar una solución al verdadero problema del aborto, entendido éste como un problema de salud pública. En particular, se estudian los denominados casos típicos del sistema de indicaciones, que se han ido decantando en la doctrina, la jurisprudencia y la ley, eventos que preferimos denominarlos de Interrupción Voluntaria del Embarazo –IVE–, pues no son constitutivos de aborto. Se argumenta cómo es el propio sistema penal el que nos proporciona las soluciones que conducen a resultados satisfactorios, eventualidades que desde una óptica científica, médica y deontológica, no hacen indispensable una reglamentación al respecto.

* Abogado con especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia; Licenciado en Derecho y Doctorado en Derecho en la Universidad de Salamanca (España). Docente del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: [camilo.machado@uexternado.edu.co]. Fecha de recepción: 10 de noviembre de 2010. Fecha de modificación: 17 de noviembre de 2010. Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2010

Palabras clave: aborto, interrupción voluntaria del embarazo, eugenesia, causales de justificación, consentimiento, feto, embrión.

THE VOLUNTARY INTERRUPTION OF PREGNANCY –VIP–

Abstract. It discusses the different systems that have attempted to provide a real solution to the problem of abortion, understood as a public health problem. In particular, we study the so-called typical cases indication system, which have gradually been formed in the doctrine, jurisprudence and the law, events that we prefer to call voluntary interruption of pregnancy (IVE), therefore they do not constitute abortion. It is argued how the penal system itself provides the solutions that lead to satisfactory results; eventualities that from a scientific, medical and ethical perspective do not need regulations in this regard.

Keywords: abortion, voluntary interruption of the pregnancy, eugenics, causal of justification, consent, fetus, embryo.

INTRODUCCIÓN

El Código Penal colombiano, consagrado por la Ley 599 de 2000, penaliza el aborto¹ en el Libro segundo, Título I, dedicado a la protección de la *vida humana* en sus modalidades de *vida humana independiente y dependiente*².

La regulación del aborto, la eutanasia, el transplante de órganos, etc., son claros ejemplos de la dificultad a la que nos enfrentamos día a día juristas y médicos, no sólo por el alto componente valorativo, sino por los cuestionamientos de carácter bioético, ideológico, religioso o moral y las implicaciones jurídicas y deontológicas.

1 “Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciseis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior”. El presente artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C- 355 del 10 de mayo de 2006, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, en el entendido que no se incurre en delito de aborto cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a. Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c. Cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

2 Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ., *Obras completas. Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2.^a ed., 2009. En esta obra participé como colaborador y actualizador de los capítulos sobre el homicidio, el aborto, las lesiones, los delitos relativos a la manipulación genética y la omisión del deber de socorro; pp. 29 y ss.

En nuestro Código Penal la vida humana es el bien jurídico protegido por excelencia; vida humana que se caracteriza por su autonomía en vida humana *dependiente* y vida humana *independiente*. Así, se protege la vida *dependiente*, en formación, del ser vivo no nacido o *nasciturus*³ por medio de los tipos que penalizan el aborto y las lesiones al feto, y la vida humana *independiente* se encuentra protegida por la tipificación de los delitos de genocidio y homicidio en todas sus formas⁴.

Debido a nuestro objeto de estudio, nos centraremos en la vida humana *dependiente*, penalmente protegida desde el momento mismo de la concepción⁵, y hasta el momento del parto⁶. La doctrina penal ha tomado el nacimiento⁷ como el fin de la vida *dependiente*, es decir, es el hecho que marca el paso de la vida humana *dependiente* a la vida humana *independiente*, y de ahí la razón de fijar el bien jurídico protegido en el delito

3 Cfr. AA.VV. FERNANDO PÉREZ ÁLVAREZ; CRISTINA MENDEZ RODRÍGUEZ y LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Derecho penal. Parte especial*, Ciencias de la Seguridad –CISE–, Universidad de Salamanca, 2009, pp. 67 y ss. “El Estado tiene la obligación de protegerlo de ataques que vulneran su integridad o vida, ya que el artículo 15 de la Constitución reconoce el derecho a la vida de todos, habiendo interpretado nuestro Tribunal Constitucional que por la expresión ‘todos’ ha de entenderse tanto los nacidos como los no nacidos”.

4 Cfr. CLAUS ROXIN. “La protección de la vida humana mediante el derecho penal” (“Der Schutz des menschlichen Lebens durch das Strafrecht”), MIGUEL ONTIVEROS ALONSO (trad.), conferencia en el Acto Académico de clausura X, cursos de postgrado en derecho, 25 de enero de 2002, notas sobre Derecho penal español (incluidas al término del texto del autor) de MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ, revisado por el prof. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, pp. 1 y ss.

5 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-133 del 17 de marzo de 1994, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL: “... el Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional. El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte. La vida del *nasciturus* encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado [...] Estima la Sala, que persona, es lo mismo que decir sujeto de derecho, en virtud de que ‘el hombre sólo es persona en sentido jurídico en cuanto es titular de los derechos y obligaciones correlativas cuya realización dentro del orden y la justicia es el fin del derecho objetivo, de la norma’. No obstante, la argumentación del actor no es de recibo, pues como se ha dejado expresado, no se requiere ser persona humana, con la connotación jurídica que ello implica, para tener derecho a la protección de la vida, pues el *nasciturus*, como se vio antes, tiene el derecho a la vida desde el momento de la concepción, independientemente de que en virtud del nacimiento llegue a su configuración como persona”.

6 “El parto es el proceso comprendido entre el comienzo de la dilatación del cuello uterino y la expulsión de la placenta. Comprende cinco tiempos fundamentales respecto al feto, que se efectúan del mismo modo en cualquiera de las presentaciones: 1. Reducción. 2. Encajamiento. 3. Descenso con rotación interna. 4. Desprendimiento. 5. Rotación externa”. Cfr. *Diccionario de Medicina*, Oceano Mosby, traducida y adaptada de la 4.ª ed. de *Nursing and Health Dictionary*, Barcelona, Mosby’s Medical, p. 978.

7 JOSÉ LUIS DIEZ RIPOLLÉS. *Bien jurídico protegido y objeto material del delito de aborto*, Madrid, Edersa, 1989, pp. 64 y ss.

de aborto⁸ en la vida humana *dependiente* o vida en formación, o lo que es lo mismo, la vida del feto⁹.

Desde un punto de vista biológico-médico, el proceso de la vida humana *dependiente* se inicia con la fecundación, al fusionarse el gameto femenino con el masculino, su transcripción genética, terminando en su proceso de anidación en condiciones fisiológicas a nivel del endometrio al término del día séptimo, y continuando su proceso de diferenciación y desarrollo embriológico, constituyéndose en embrión hasta el término de la octava semana, para luego transformarse en un feto hasta el término del embarazo.

El proceso de diferenciación y organogénesis, suele estar desarrollado entre la semana duodécima y la décimo cuarta, por tal razón, un feto de dicho tiempo ya tiene un todo estructurado, en especial el desarrollo del sistema nervioso.

Así las cosas, la vida humana *dependiente* empieza desde el momento mismo de la *concepción*¹⁰ y se entiende, por un buen número de especialistas, producida con la *anidación*¹¹. Por otro lado, no existe mayor problemática frente a la finalización de dicha protección, es decir, el momento de la muerte¹².

El denominado *acontecimiento biológico del nacimiento*, es de gran importancia en el ámbito penal, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia pues es a partir de este instante es cuando se concede la total protección al ser humano vivo¹³.

8 Es importante clarificar que, desde el punto de vista médico, se considera aborto la pérdida de un embarazo menor a una edad gestacional de 22 semanas, o con un peso fetal inferior a los 500 gr. Definición dada por la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia.

9 MANUEL COBO DEL ROSAL y JUAN CARLOS CARBONELL MATEU. "El aborto en el Código Penal español", en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Homenaje a Antonio Beristáin*, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1989, p. 555. Así mismo, debemos entender por feto "... el ser humano en el útero después del período embrionario y cuando ya se ha iniciado el desarrollo de las principales características estructurales, habitualmente desde la octava semana después de la fertilización hasta el parto": Cfr. *Diccionario de Medicina*, cit., p. 546.

10 Comienzo del embarazo, en el momento que el espermatozoo penetra en el óvulo". Cfr. *Diccionario de Medicina*, cit., p. 288. Pero en la actualidad, esto es sólo aplicable a la concepción en el claustro materno, pues existen las hipótesis de concepción *in vitro*.

11 Proceso mediante el cual el embrión se fija en el endometrio uterino". Cfr. *Diccionario de Medicina*, cit., p. 75.

12 CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA. *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaría General Técnica, Publicaciones, documentos y biblioteca, 1986, pp. 33 y 49, sostiene: "Hoy se considera por los especialistas que un deterioro considerable del cerebro es totalmente irreparable, es decir, cuando se produce la muerte cerebral puede entenderse clínicamente muerta a una persona, puesto que queda fuera del alcance de la medicina la recuperación de las funciones del cerebro, que son rectoras de otras del organismo, sin las cuales éste no puede seguir funcionando autónomamente".

13 CLAUS ROXIN. *La protección de la vida humana mediante el derecho penal*, cit., p. 5.

Como lo hemos manifestado, los anteriores criterios son netamente de carácter médico. No obstante, el hecho del nacimiento debe ir acompañado por otro criterio, esto es, la *autonomía de vida*¹⁴, lo que implica un sujeto funcional y autónomo; se trata de un sujeto que ha nacido, se haya o no desprendido totalmente, se haya o no cortado el cordón umbilical, de forma tal que no atendemos a un mero momento fáctico-biológico, que es ajeno realmente al concepto de vida humana¹⁵.

La vida humana, como bien jurídico y objeto de protección del Derecho penal, es un concepto de acento normativo-científico, lo que es propio de la relación social en la cual vivimos¹⁶. El concepto de vida humana tiene, sin lugar a duda, un acento normativo; por tanto, no se trata de un problema meramente naturalístico¹⁷.

I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico que se protege en todo el Título II es la vida del feto o vida humana *dependiente*. Pero la protección jurídico-penal de la vida humana en su fase *dependiente* ofrece particularidades que la distinguen necesariamente de la protección jurídico-penal que se brinda a la vida *independiente*.

La discusión sobre la punibilidad del aborto ha generado intensas polémicas en los últimos tiempos, y constituye uno de los puntos de confrontación más álgido en sede legislativa. Partiendo de una posición científico-jurídica, no cabe duda alguna sobre la importancia de la protección absoluta a la vida humana, pero, ¿qué ocurre cuando la protección de dicha vida humana *dependiente, vulnera o pone en peligro otros bienes jurídicos dignos de protección, como la vida, la salud, la libertad*¹⁸ o la dignidad de la embarazada?

14 Cfr. SERGIO POLITOFF; FRANCISCO GRISOLIA y JUAN BUSTOS. *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Santiago, Jurídica de Chile, 2001, pp. 49, 53 y ss.: “La viabilidad del recién nacido no es presupuesto de la tutela penal de la vida. La persona que carece de la capacidad para sobrevivir pero que todavía sobrevive, es sujeto pasivo de homicidio”. Así las cosas, para este grupo de doctrinantes “no es necesario el requisito de la viabilidad”.

15 JUAN BUSTOS RAMÍREZ., *Obras completas. Derecho penal. Parte especial*, cit., pp. 23 y ss.

16 *Ibid.* p. 29.

17 En el Código de Ética Médica de Colombia establecido por la Ley 23 del 18 de febrero de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica: *Diario Oficial* n.º 35.711 del 27 de febrero de 1981, en su Artículo 54 dispone: “El médico se atenderá a las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial, con relación a los siguientes temas: “[...] 4. Diagnóstico de la muerte y práctica de necropsias [...] 6. Aborto [...] 9. Los demás temas de que se ocupen las disposiciones legales vigentes sobre la materia o las recomendaciones de las Asambleas de la Asociación Médica Mundial”.

18 Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ y ELENA LARRAURI PUJOAN. *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, IURA-10, PPU, Barcelona, 1993, pp. 30-31. “El Estado tiene la obligación de respetar y fomentar la libertad de sus ciudadanos, en cuanto piedra angular de todo sistema democrático

Ésta es, básicamente, la cuestión que debemos responder, pues el embarazo puede en un momento dado afectar otros bienes jurídicos, planteándose un *conflicto de intereses* propio de las causas de justificación, o, como otro autores lo fundamentan, un conflicto en el principio general de salvaguarda del *interés preponderante*¹⁹.

En términos generales los bienes que se encuentran en conflicto son la vida humana *dependiente* y la vida humana *independiente*; si le damos menor preponderancia al primero y consideramos que éste es de inferior entidad que la vida *independiente* que se trata de preservar, nos encontraríamos ante un *estado de necesidad justificante*²⁰, que unánimemente es aceptado por la doctrina dominante, fundamentada en el principio del *interés preponderante*²¹.

Pero ¿cuál será el interés preponderante entre la vida humana *independiente* y la vida humana *dependiente*? Algunos consideran que el interés preponderante es la vida *dependiente*, es decir, el feto, instrumentalizando de esta forma a la mujer en proceso de gestación, quien sacrifica intereses como su vida, su salud, su integridad, su libertad, etc. Por el contrario, y partiendo de la preponderancia de la vida humana *independiente*, consideramos que el interés preponderante es siempre el de la mujer²².

II. SISTEMAS DE REGULACIÓN

Como magistralmente lo expone ROXIN,

La mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos transitan por un camino intermedio y se mueven entre dos modelos de solución que, de forma simplificada, pueden denominarse solución por indicación y solución por plazo.

No obstante lo anterior, considero que el sustrato argumental para explicar los diferentes sistemas se deriva de la intervención jurídica en la actividad médica, y el aborto

y derecho humano fundamental de las personas. A medida que se ha profundizado el Estado de Derecho, se amplía cada vez más el ámbito del consentimiento, y por tanto, la no intervención del Estado, no por una cuestión de autorresponsabilidad o autoculpabilidad, sino todo lo contrario, en razón de la autonomía ética del ciudadano frente al Estado para resolver sus conflictos y necesidades”.

19 Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ. *Obras completas*..., cit., p. 64.

20 “Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: [...] 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar”.

21 FRANCISCO BALDO LAVILLA. *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las “Situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Universidad Carlos III de Madrid, Barcelona, Bosch, 1994, p. 94.

22 Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE. P.E. 2007, p. 83.

no ha sido la excepción, operando el fenómeno de normativización y regulación que paulatinamente dan paso a los sistemas de regulación que fueron expuestos por primera vez en Alemania en 1970²³.

En el Derecho colombiano la penalización del aborto no es absoluta. Poco a poco van apareciendo excepciones a esta regla general, que preferimos denominar Interrupción Voluntaria del Embarazo –IVE–, pues propiamente no son supuestos de aborto²⁴, bien por vía jurisprudencial hasta llegar a la vía legal, en donde se ponderan los diferentes bienes jurídicos en juego, pues, recuérdese, se trata de un solo bien jurídico: la vida humana en sus vertientes *dependiente e independiente*.

Dependiendo de la regulación o técnica legislativa, en algunas codificaciones penales directamente se reconoce el conflicto, y se ponderan los intereses en juego, y en el supuesto en que no se configure tal conflicto, el aborto es punible²⁵.

Pretender el establecimiento de una causa de ausencia de responsabilidad expresa o especial, es una técnica no compatible en nuestro sistema dogmático; conduce necesariamente a admitir un concepto naturalista de bien jurídico²⁶, en donde se identifica el sustrato material con el propio bien jurídico, o se llega a tener que concederle al Estado el poder de evaluar, en cada caso en concreto, y en el ámbito de las causas de justificación, estados de necesidad justificante y exculpante, el motivo que lleva al individuo a permitir que un tercero lesione o no sus bienes jurídicos, como la valoración de si debe o no prevalecer sobre el interés individual el interés general en materia del bien jurídico.

23 CLAUS ROXIN. *La protección de la vida humana...*, cit., pp. 6 y ss. En la nota 3: “Estas dos soluciones se expusieron por primera vez en Alemania en 1970 en el *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Erster Halb-band*, pp. 25 y ss.”, del cual ROXIN es coautor.

24 La Norma Técnica desarrolla diversas temáticas con respecto al servicio a la Interrupción Voluntaria del Embarazo –IVE–. Entre las más relevantes deben resaltarse las siguientes: a. Definición de la “interrupción voluntaria y segura del embarazo” que corresponde a las situaciones previstas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006: “Es la terminación de una gestación por personal idóneo, usando técnicas asépticas y criterios de calidad que garanticen la seguridad del procedimiento, en instituciones habilitadas conforme al Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud –SOGAS–, que cuenta con la voluntad de la mujer”. Cfr. “Norma Técnica para la Interrupción Voluntaria del Embarazo –IVE–”, adaptada de *Aborto sin riesgo: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2002, Bogotá, diciembre de 2006, p. 11.

25 Así, por ejemplo, el artículo 145 del Código Penal Español: “[...] 2. La mujer que se produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la Ley, será castigada con la pena de prisión de...”.

26 GONZALO D. FERNÁNDEZ. *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, Montevideo-Buenos Aires, Julio Cesar Faira, 2004, p. 21, sostiene sobre este punto que “LISZT como fundador del sistema del delito [...] responde a la matriz del pensamiento naturalista, que exige una objetivización del sustrato del delito, el cual debe salir del mundo espiritual al mundo real y, por tanto, ello determina al Derecho penal a proteger cosas concretas, objetos del mundo exterior”.

Si observamos el artículo 32 de nuestro Código Penal, se pueden adecuar los supuestos consagrados en el sistema de indicaciones, bien como estados de necesidad o como causas de inculpabilidad. Por tanto, consideramos que no es necesario una expresa regulación sobre la materia, pues en la legislación penal se cuenta con los elementos necesarios para resolver todos aquellos casos enmarcados por la doctrina dentro de un sistema de indicaciones.

a. Sistema de indicaciones

El sistema o fórmula de indicaciones²⁷ nace de la propia naturaleza del aborto desde el punto de vista médico y, como cualquier otro tipo de intervención, quirúrgica o no, debe realizarse técnicamente, mediando una previa indicación²⁸ que permite encuadrar el procedimiento como terapéutico y ajustado a la *lex artis ad hoc*²⁹.

Además de existir una determinada indicación, que en la mayoría de los casos es de índole terapéutica, las indicaciones en general conducen a preponderar la salud o integridad de la vida humana *independiente*, siempre y cuando medie el consentimiento libre y debidamente formado de la paciente.

De esta forma procederemos al análisis de las diferentes indicaciones que en la práctica conducen a la IVE, indicaciones que como veremos más adelante, se circunscriben a específicas causas de ausencia de responsabilidad penal.

1. Indicación terapéutica o médica

Esta es la típica indicación que tiene como fin la búsqueda de la salud del paciente³⁰. Aquí entran claramente en conflicto *el peligro para la vida de la madre o para su salud o integridad*, por el hecho del embarazo. Científicamente ha sido constatado cómo durante el proceso de gestación pueden aparecer una serie de anormalidades, sólo identificables durante etapas avanzadas del embarazo, motivo por el cual, al presen-

27 Cfr. JOSÉ CEREZO MIR. “La regulación del aborto en el Proyecto de Nuevo Código Penal español”, *ADP*, 1982, pp. 577-78; GERARDO LANDRÓVE DÍAZ. “Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal”, *CPC*, 1980.1; íd. “Un proyecto regresivo en tema de aborto”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980.2, p. 85.

28 Por ejemplo “Una operación será indicada cuando es el único o el mejor medio para conservar la vida o restablecer la salud, el bienestar o la buena apariencia del paciente, y cuando por ese motivo puede llegar a ser efectuada” como los sostiene ENGISH. *Die Rechtliche Bedeutung*, p. 152, citado por PILAR GÓMEZ PAVÓN. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 2004, p. 75.

29 CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA. *El médico y el derecho penal I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, 1981, p. 161.

30 Partimos de un concepto amplio de salud dado por la Organización Mundial de la Salud en 1947, como “el estado completo de bienestar físico, psíquico y social”.

tarse la anomalía y manifestarse el conflicto entre los bienes jurídicos, debe admitirse el aborto³¹, el cual será indicado médicamente.

Frente al término para la realización de la IVE, la Organización Mundial de la Salud –OMS– recomienda tiempos límite, los que se especifican con fundamento en los métodos o figuras de IVE para cada etapa del embarazo, basándose en protocolos establecidos y utilizados mundialmente³²; por lo tanto, se trata de un terreno médico y será el personal sanitario quien en cada caso en concreto, de acuerdo a los parámetros establecidos, decida prudentemente la interrupción.

Dentro de los principios básicos de la Constitución de la OMS se precisa el concepto de salud

Como un estado de completo bienestar, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedades. Así mismo, el goce del máximo grado de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

Por lo anterior, la salud puede ser valorada tanto física como psíquicamente, por lo que ambos aspectos habrán de ser considerados en la madre³³. En estos casos creemos que la conducta a seguir es el estricto tratamiento médico conducente a la interrupción voluntaria del embarazo, el cual se encuadraría dentro de un estado de necesidad.

31 En los casos de indicación terapéutica no se establece un plazo para la interrupción del embarazo. Pero en todo caso, es la misma indicación, desde el punto de vista médico, la que definirá la realización sin riesgo del procedimiento. Luego, el tiempo se medirá en términos de aumento del riesgo para la gestante. En el mismo sentido cfr. PATRICIA LAURENZO COPELLO. *El aborto no punible*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 56: "... resulta que el plazo está en razón de la salud de la mujer..."

32 Como ya lo habíamos mencionado, en el Código de Ética Médica de Colombia establecido por la Ley 23 del 18 de febrero de 1981, *Diario Oficial* n.º 35.711 del 27 de febrero de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica, en su artículo 54 dispone: "El médico se atenderá a las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial, con relación a los siguientes temas: 1. Investigación biomédica en general. 2. Investigación terapéutica en humanos; aplicación de nuevas tecnologías, tanto con fines de diagnósticos, tales como biopsias cerebrales, o bien con fines terapéuticos como es el caso de algunos tipos de cirugía cardio-vascular y psicocirugía y experimentación en psiquiatría y psicología médica, y utilización de placebos. 3. Trasplante de órganos; organización y funcionamiento de bancos de órganos y tejidos, producción, utilización y procesamiento de sangre, plasma y otros tejidos. 4. Diagnóstico de la muerte y práctica de necropsias. 5. Planificación familiar. 6. Aborto. 7. Inseminación Artificial. 8. Esterilización humana y cambio de sexo. 9. Los demás temas de que se ocupen las disposiciones legales vigentes sobre la materia o la recomendaciones de las Asambleas de la Asociación Médica Mundial".

33 Piénsese en aquellos eventos en donde el estado de embarazo causa a la madre intensas depresiones, tendencia al suicidio, etc.

La Corte Constitucional contempló *que el aborto no puede ser considerado un delito*, cuando, con el consentimiento de la madre, y tratándose de un embarazo que represente un riesgo para su salud o para su vida sea certificado por un médico. Considera la Corte que prohibir el aborto en estos casos “puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional”³⁴, que se refieren a la protección de la vida, salud e integridad de las mujeres. Luego, lo que se está contemplando es la indicación terapéutica o médica, dentro del sistema de indicaciones.

2. *Indicación ética, criminológica o humanitaria*

Parte del conflicto surge ante el embarazo no deseado, fruto de una violación, de acceso carnal o de abusos sexuales, como también ante la hipótesis de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida, o del incesto. Es apenas natural que en los anteriores supuestos, al no mediar el consentimiento de la madre, se está ante actos ilícitos que permitirán el aborto o la IVE, bajo la prueba de ilicitud de los mismos, esto es, mediando denuncia³⁵.

En forma mayoritaria, la doctrina fundamenta esta indicación en la *inexigibilidad de otra conducta*³⁶. Lo anterior es evidente, pues

... a partir de un concepto normativo de la culpabilidad, en donde se precisa la reprochabilidad de la conducta del sujeto agente, para lo cual no bastará con la imputabilidad y con el dolo o la culpa, o incluso con la libertad de poder actuar de otro modo, sino que es precisa la exigibilidad de otra conducta y por tanto de abstenerse de realizar la conducta típica³⁷.

Luego se configura el tipo del injusto. Como lo ha indicado LAURENZO COPELLO

... se trata de un reforzamiento de la libertad de la mujer, no sólo en cuanto

34 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006, M. P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, VI, 10, 10.1, párr. 26. La citación de las sentencias se realizará teniendo en cuenta los numerales de los párrafos contenidos en su parte motiva, así como el número del párrafo (párr.) para mayor identificación del texto citado.

35 Cfr. Sentencia C-355 de 2006, VI, 10, 10.1, párr. 34. “... en todo caso, desde el punto de vista constitucional, basta que se reúnan estos requisitos –certificado de un médico o denuncia penal debidamente presentada, según el caso– para que ni la mujer ni el médico que practique el aborto puedan ser objeto de acción penal en las tres hipótesis en las cuales se ha condicionado la exequibilidad del artículo 122 acusado”.

36 Cfr. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ. *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, Madrid, Editorial Ceura, 1991, p 136.

37 DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA (dir.). *Enciclopedia Penal Básica*, Granada, Comares, 2002, p. 831.

tal, sino además por el hecho de la violación artículo 179 del Código Penal español³⁸.

Esta indicación también es enunciada por la Corte Constitucional en los eventos en que el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto, pues se consideró que

... la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve [...] un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos [...] penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer³⁹.

3. *Indicación eugenésica o embriopática*

La indicación eugenésica deriva de los avances de la ciencia médica⁴⁰, pues hoy en día es posible realizar un diagnóstico preimplantacional para dictaminar diferentes

38 PATRICIA LORENZO COPELLO. Ob cit., p. 133.

39 Sentencia C-355 de 2006, VI, 10, 10.1, párrs. 18 y 19.

40 “Este asunto cobra auge en el siglo xx y se asocia con la ciencia. Al principio se ejerció eutanasia por normas del Estado que promovían el cambio de frecuencias génicas usando algún tipo de coerción. Hoy día, más que un control por el Estado, hay una cultura eugenésica por los avances tecnológicos que posibilitan que los individuos tomen decisiones eugenésicas sin hacer mayores consideraciones éticas. Al comienzo del siglo xx hubo un gran movimiento eugenésico en los países líderes en la investigación genética (Estados Unidos, Gran Bretaña, países nórdicos y Alemania). Después del descubrimiento de las leyes mendelianas de la herencia, el concepto de determinismo biológico (todo lo que hacemos está determinado por nuestra constitución genética) dominó la escena científica y se usó para explicar muchos de los males sociales, incluyendo la prostitución, el comportamiento inmoral, la degeneración, el alcoholismo y la criminalidad. Se impusieron leyes demográficas, médicas y sociales insistiendo en controlar la inmigración, haciendo pruebas genéticas antes del matrimonio y esterilizando a los enfermos mentales y a aquéllos con tendencias criminales. En Estados Unidos, los problemas socioeconómicos después de la Primera Guerra Mundial, con un incremento en el desempleo, la criminalidad, la prostitución, el alcoholismo y el número de individuos con desórdenes mentales, hicieron atractivas las medidas eugenésicas tanto a los profesionales como al pueblo. Esto llevó a que el Estado y el Gobierno Federal decidiesen implantar una legislación que llevase a cabo un programa eugenésico. Uno de los primeros entusiastas, el doctor CHARLES DAVENPORT, estudió el origen de la enfermedad de Huntington y concluyó que fue introducida en Estados Unidos por una media docena de individuos durante el siglo xvii, y que si se llevase a cabo un análisis médico de los inmigrantes al entrar al país se podría evitar el que se introdujeran nuevas enfermedades. Esto influyó en el desarrollo subsiguiente de leyes restrictivas de inmigración, favoreciendo la entrada de nórdicos europeos y anglosajones, mientras que no se aceptaban inmigrantes del sur y del este de Europa. Muchos Estados aprobaron leyes para esterilizar en contra de su voluntad a personas con enfermedades, como a los retrasados mentales, locos, criminales y, en algunos casos, hasta alcohólicos, epilépticos, prostitutas, huérfanos y desamparados. En 1927, la Corte Suprema de Estados Unidos decidió que la esterilización involuntaria de los retrasados mentales

patologías del embrión en gestación. Dichos estudios pueden develar un desarrollo con malformaciones graves e irreparables, motivo por el cual una conducta adecuada, ética e indicada permitiría la interrupción del embarazo. Claro está, como en los casos que anteceden, deben existir una serie de condiciones técnicas y científicas que permitan establecer con total grado de certeza dicho diagnóstico.

En esta indicación se intensifica el bien jurídico “libertad de la madre” (vida independiente), como una forma específica y clara de expresión de la afección a la libertad. Son presupuestos de la indicación la grave afección física o psíquica, lo cual nos sitúa en el terreno médico pues, al ser difícil establecer un listado o catálogo de las enfermedades o patologías graves, opera sobretodo un criterio médico prudente; lo que sí se debe establecer es un pronóstico con grado de certeza⁴¹.

En lo que tiene que ver con el plazo de intervención, éste debe ser bastante amplio, pues durante la gestación se pueden presentar diferentes enfermedades al feto, por causa de la madre o por cualquier otro efecto, patologías que difícilmente podrán ser detectadas en periodos iniciales del embarazo, pero que deben tener como criterio límite el riesgo para la madre con el procedimiento que depare el aborto.

Por su parte, la Corte Constitucional en su sentencia señaló que al existir grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico, el aborto será no punible. Este es claramente un supuesto de indicación eugenésica.

En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones [...] el recurso a la sanción penal para la protección de la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable.

Las fórmulas o sistemas que se han venido implementando en algunos países no han solucionando el problema real, pues *se están considerando situaciones extremas que*

fuera constitucionalmente aceptada sobre la base de una filosofía utilitaria. Es de destacar que estas esterilizaciones realizadas a personas consideradas débiles mentalmente no consiguieron el objetivo de que se mejorara la inteligencia media ni la calidad genética de la población norteamericana; sin embargo, tuvo consecuencias sociales graves en términos de violaciones de los Derechos Humanos y de discriminación de personas y grupos humanos considerados inferiores”: cfr. FERNANDO LOLAS; ÁLVARO QUEZADA y EDUARDO RODRÍGUEZ (eds.). *Investigación en salud. Dimensión ética*, CIEB, Universidad de Chile, marzo de 2006, pp. 137 y 138.

41 En un mismo sentido Cfr. JOSÉ MARÍA ROMEO CASABONA. *El médico ante el derecho...*, cit., p. 9.

no deberían ofrecer nunca duda desde la perspectiva del estado de necesidad. La no consideración de la libertad de la madre, y, por otra parte, pasar por alto la *realidad criminológica del aborto*, hacen inaceptable la solución de las indicaciones. Es por eso que en países en que se ha adoptado este sistema⁴², la práctica, mediante su aplicación flexible, ha llegado a la solución del plazo, por ejemplo, en el caso de países como España, pues por medio de la Ley Orgánica 2 del 3 de marzo de 2010 se modificó el Código Penal, estableciendo un sistema legal de plazo⁴³.

b. Sistema del plazo

Este sistema reconoce abiertamente la *inexistencia de conflicto*, propio de las causas de justificación, pues parte de la inferioridad de la vida humana *dependiente* (embrión durante un periodo de tiempo), y respecto de los diferentes motivos o diferentes intereses de la madre, solo impera la libertad de la misma, esto es la *voluntad de la embarazada para interrumpir su embarazo voluntariamente durante determinado tiempo*.

En aquellas legislaciones que han seguido este rumbo al Estado le compete organizarse y crear políticas de asesoramiento a las mujeres embarazadas sobre los riesgos y las diferentes alternativas, asesoramiento que no es obligatorio; lo anterior con el fin de respetar el consentimiento libre y efectivamente informado de la madre.

Por medio de un sistema de plazo, el legislador expresamente permite a la madre interrumpir voluntariamente el embarazo hasta las 14 semanas. Con posterioridad a este plazo la madre sólo puede interrumpir su embarazo en el caso que se dé una indicación precisa, pues existen ciertas circunstancias que imposibilitan el diagnóstico de determinadas enfermedades, tal y como ocurre en algunos casos del sistema de indicaciones, las que únicamente se pueden detectar en estados avanzados del embarazo.

En este sistema no entran en consideración conflictos de intereses, que hemos aducido a la hora de establecer el remedio jurídico en el sistema de indicaciones: aquí se

42 HANS HIRSCH. “La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana”, en *La Reforma Penal*, Madrid, Edesa, 1982, p. 50.

43 Cfr. *Boletín Oficial del Estado* –BOE– n.º 55, 4 de marzo de 2010, Sec. I, p. 21001 *CVE*: BOE-A-2010-3514. “JUAN CARLOS I Rey de España. A todos los que la presente vieren y entendieren. Sabe: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica. Preámbulo: “[...] Por Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, el legislador ha considerado razonable, de acuerdo con las indicaciones de las personas expertas y el análisis del derecho comparado, dejar un plazo de 14 semanas en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de terceros, lo que la STC 53/1985 denomina ‘autodeterminación consciente’, dado que la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez, limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución. Tales previsiones significan un auténtico sistema de plazos que se completa con otras permisiones médicas (terapéutica y eugenésica)”

considera pura y simplemente que la libertad de la madre llega hasta la semana 14. Es por ello que en las legislaciones en donde se ha implementado el sistema del plazo, en casos particulares se permite un término más amplio cuando se encuentra en peligro la vida y salud de la madre; lo que conlleva a una indicación de excepción precisa, es decir, un nuevo interés que, añadido a la libertad de la madre, implique que el mal que se provoca sea menor que el que se trata de evitar.

Finalmente, en nuestra legislación los denominados supuestos del sistema de plazo pueden ubicarse en las causas de ausencia de responsabilidad que establece nuestro Código Penal en su artículo 32. Cuestión (y no está por demás decirlo) que en ningún momento desconoce el derecho a la vida, *problema propio de la tipicidad*, sino que se trata de la resolución de una situación de conflicto, cuestión a debatir en sede de anti-juridicidad y culpabilidad.

III. SUPUESTOS DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD

Frente a la temática propuesta, el aborto se encuentra penalizado por nuestro Código Penal; pero existen excepciones, o lo que la doctrina ha denominado “situaciones límite”, en donde se plantea el aborto no punible.

La solución dada por la Corte Constitucional al conflicto se sitúa en el plano de las causas de justificación, inspirándose en los principios de ponderación de intereses y de no exigibilidad de un comportamiento distinto. Para lo anterior, bastaría una interpretación de las causas de ausencia de responsabilidad para justificar los casos más conflictivos.

Pero como ya se dejó plasmado, la importancia del tema y razones de seguridad jurídica han obligado a regular expresamente los supuestos más frecuentes e importantes. Por tal motivo, la Corte Constitucional exhortó al Congreso de la República para que expidiera una ley que regulara la materia y que a su vez permitiera una reglamentación administrativa⁴⁴ que, como veremos, en muchos casos constituye más una traba buro-

44 Es así como el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4444 de 2006, promulgado el 13 de diciembre de 2006 con el propósito de reglamentar “La prestación de servicios de salud sexual y reproductiva”. “Su fundamento, además de las atribuciones legales y constitucionales del Presidente de la República, es la misma Sentencia C-355 de 2006 –a pesar de que en los considerandos de esta Sentencia se reconoció que ‘para la inmediata aplicación de la Sentencia C-355 de 2006 no era necesaria una reglamentación’ (Considerando segundo)–, pues estimó que ‘tal circunstancia no impide que el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de la órbita de su competencia, adopte decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres’ (Considerando segundo) y que el Estado garantice ‘la provisión de servicios de salud seguros y definir los estándares de calidad que garanticen el acceso oportuno, en todo el territorio nacional y en todos los grados de complejidad, a los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo, en los eventos no constitutivos de delito de aborto, al tenor de lo dispuesto en la Sentencia C-355/06’ (Considerando tercero)”. Cfr. “Informe

crática que obstaculiza la decisión libre de la mujer, que una garantía de sus derechos y del derecho a la vida del feto⁴⁵.

Ahora, y antes de la sentencia de exequibilidad de la Corte Constitucional, la indicación terapéutica, ética y eugenésica, esto es, en los casos de embarazos con grave peligro para la vida de la madre, nos encontramos claramente ante un estado de necesidad justificante, en el cual los intereses en juego son de diferente ponderación⁴⁶. En las indicaciones eugenésica y ética, por el contrario nos enfrentamos a la no exigibilidad de otra conducta (inculpable).

a. Elementos configurantes

Como ya lo hemos señalado, nos encontramos ante supuestos de estado de necesidad justificante, es decir, ha de haber una situación de peligro o de defensa y una acción de defensa⁴⁷. Ahora bien, para que las anteriores indicaciones tengan eficacia justificante es necesario que se den los siguientes requisitos comunes:

1. *Consentimiento Libre e Informado –CI– de la embarazada*⁴⁸

En el ámbito jurídico colombiano podemos encontrar un concepto de consentimiento informado en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 de Ética Médica en donde consagra que

de Vigilancia a la Sentencia C-355 de 2006 de agosto 15 de 2010”, Bogotá, elaborado en el marco del Sistema de Vigilancia superior a la garantía de los derechos desde la perspectiva de género que adelanta la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia; La Resolución n.º 004905 de 2006 del Ministerio de la Protección Social por medio de la cual, se adopta la Norma Técnica para la atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo –IVE; La circular externa 31 de 2007 (mayo 22) proferida por el Ministerio de la Protección Social, en donde “se da información sobre la provisión de servicios seguros de interrupción voluntaria del embarazo, no constitutiva del delito de aborto”. Finalmente esta carrera regulatoria fue suspendida el 22 de octubre de 2009 por la sección primera del Consejo del Estado de Colombia, quien ordenó la suspensión del Decreto 4444 de 2006 que reglamentaba el aborto en circunstancias especiales y la forma en la que deben actuar los hospitales, las EPS y todo el sistema de salud en general, cuando una mujer solicitase abortar el embarazo. Según el Alto Tribunal colombiano esta determinación se adopta porque debió ser el Congreso de la República y no el Gobierno el encargado de reglamentar esta práctica, aclarar conceptos y determinar las normas para que el sistema de salud actuara.

45 FRANCISCO MUÑOZ CONDE. Ob cit., pp. 90 y ss.

46 PATRICIA LAURENZO COPELLO. Ob cit., pp. 248 y ss.

47 JUAN BUSTOS RAMÍREZ. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed. aumentada, corregida y puesta al día por HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, Barcelona, PPU, 1994, p. 361.

48 La información versará sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarlo. Con ello se pretende que el consentimiento sea una decisión madura y reflexiva. Lo que parece obvio es que las mismas razones que hacen aconsejable este trámite previo a la realización de un aborto deben servir de fundamento para autorizarlo cuando la mujer, una vez informada, decide libremente abortar.

El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física y psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

De otro lado, el consentimiento informado ha sido entendido como parte integral del acto médico, y responde a un imperativo legal, como quiera que es en la ley citada y en el Decreto 3380 de 1981 en donde categóricamente se obliga al médico a llevar a cabo el proceso de información con el paciente, y dejar constancia de ello en la historia clínica. Luego, el consentimiento informado tiene un componente técnico que es la *advertencia de riesgos*, lo cual implica conocimiento científico de los eventos que comúnmente se podrían presentar en cada paciente individualmente considerado, toda vez que los riesgos variarán de persona a persona teniendo en cuenta sus condiciones clínicas particulares y las condiciones de atención.

Por tratarse de una figura de gran amplitud, nos limitaremos a señalar los principales supuestos problemáticos que pueden presentarse:

– *Caso de urgencia por riesgo vital de la gestante*, en donde no será necesario el consentimiento expreso, pues estamos ante un consentimiento hipotético o presunto.

– *Caso de menores e incapaces gestantes*, en donde el consentimiento debe ser prestado por sus representantes legales, aunque en el caso de mujeres menores que hayan cumplido la edad en la que ya pueden contraer matrimonio (14 años) su decisión de abortar, salvo que esté viciada por otras causas, no tiene que ser autorizada o confirmada por la de sus padres o tutores, pues se trata de un derecho de la personalidad que puede ejercitar por sí misma⁴⁹. Sostenemos que en materia penal, a la hora de valorar la capacidad para otorgar consentimiento relacionado con los menores, éste debe fundamentarse no en la mayoría o minoría de edad, sino en la capacidad intelectual y emocional suficiente para comprender el alcance de la decisión de la intervención de que se trate; caso contrario deberán tomar la decisión sus representantes legales o el Estado⁵⁰.

49 En un sentido similar se ha expresado nuestra Corte Constitucional: “Que esta medida ‘descarta que criterios de carácter meramente objetivo, como la edad, sean los únicos determinantes para establecer el alcance del consentimiento libremente formulado por los menores [de edad] para autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo’”. Cfr. Sentencia C-355 de 2006, v1, 10, 10.2, párr. 10.

50 En los medios de comunicación españoles apareció hace unos meses la noticia del intento de unos padres de que su hija, de quince años, abortara y cómo, finalmente, frente a la oposición de la menor, que quería seguir adelante con el embarazo, se produjo una intervención judicial dirigida a garantizar el respeto a su propia decisión. Más recientemente, también a través de los medios de comunicación, y aunque el supuesto parece verdaderamente excepcional, dada la escasa edad de la menor, se conoce la historia de una niña de nueve años embarazada a consecuencia de una violación, y el deseo de sus padres de que se le practique un aborto.

2. *Realizado por equipo médico*

Por su parte el balance de males en la situación de peligro o defensa requiere que no aparezcan comprometidos otros bienes jurídicos de la madre (justamente los que en primer lugar se quiere defender, esto es, su vida y su salud), de ahí la exigencia de *tratamiento médico*. El aborto ha de ser practicado *por un médico* especialista en obstetricia y ginecología, o *bajo su dirección*. Para finalizar, resta señalar que, de acuerdo al derecho a la objeción de conciencia, el personal médico podrá negarse a practicar un aborto; pero en el caso de una intervención urgente, cuando la mujer se encuentre en peligro inminente para salvar su vida, no podrán alegar dicho derecho para no atenderla⁵¹. Finalmente, el equipo médico se encuentra eximido de responsabilidad por el delito de aborto en aquellas hipótesis contenidas en las indicaciones señaladas por el estricto cumplimiento de un deber legal. Es decir, la conducta conlleva a la adecuación típica de aborto, pero en los supuestos de las indicaciones médica, ética y eugenésica, tanto objetivos como subjetivos, el comportamiento resultará adecuado a derecho por medio del instituto de la justificación de la conducta y más concretamente por el cumplimiento de un deber legal⁵².

Lo anterior se explica por las circunstancias especiales que se suceden en nuestro país, pues el médico en el ejercicio de su profesión se guía por el código deontológico, que en nuestro caso es el Código de Ética Médica, expedido por medio de la Ley 23 de 1981 y reglamentado por el decreto 3388 del mismo año⁵³. Este Código se caracteriza por un conjunto de normas que propenden por el ejercicio responsable, correcto y honesto de la medicina; para ello establece una serie de deberes y derechos de los médicos dentro de un marco filosófico y ético.

3. *Practicado en centro médico*

La interrupción del embarazo, de acuerdo a los casos justificados, ha de ser efectuado en centro o establecimiento médico, público o privado, acreditado por la correspondiente secretaria de salud.

51 ALONSO SERRANO GÓMEZ y ALFONSO SERRANO MAILLO. *Derecho Penal. Parte Especial*, 11.^a ed., 2006, p. 87.

52 “Artículo. 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: [...] 3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal”.

53 En Colombia se encuentran reglamentadas las normas de conducta de los médicos en el Código de Ética Médica regulado en la Ley 23 del 18 de febrero de 1981. Por la cual se dictan normas en materia de ética médica.: *Diario Oficial* n.º 35.711 del 27 de febrero de 1981.

CONCLUSIONES

1. La vida humana es el bien más importante que protege el Código Penal, y la podemos categorizar según la independencia, es decir, la vida humana dependiente y la vida humana independiente.
2. Dentro de los sistemas que se han implementado para regular la materia se encuentra el sistema de indicaciones, que básicamente se fundamenta en el conflicto de intereses o bienes jurídicos.
3. En el actual Código Penal colombiano el aborto es un delito.
4. No es cierto que en Colombia se haya destipificado el aborto en los tres supuestos de indicaciones terapéutica, ética y eugenésica, pues el Código Penal no señala en forma expresa excepciones a la regla general de la prohibición del aborto. Lo cierto es que existen excepciones indiscutibles desde todo punto de vista, pero que deben ser interpretadas con base en las causas de ausencia de responsabilidad penal.
5. El Derecho Penal castiga el aborto realizado sin consentimiento o con un consentimiento viciado de la mujer, la impericia médica, o el aborto realizado en malas condiciones higiénicas o por personas incompetentes o con cualquier finalidad lucrativa, para asegurar, en definitiva, a la mujer, un trato digno y un respeto a su libertad en una decisión que sólo a ella incumbe.
6. Admitida la preponderancia de la posición de la mujer en este conflicto, tanto porque ella es una persona, como porque la vida del embrión o feto está dependiendo de su vida, ello obliga a tener en cuenta como bien jurídico preponderante la libertad de la madre. Lo cual aparece ratificado por el propio Código Penal, dada la diferencia que establece entre aborto consentido y no consentido, y ciertamente éste último, aún para las tesis abolicionistas más radicales al respecto, siempre constituirá delito.
7. Los casos o supuestos no punibles que la Corte Constitucional ha mencionado son casos de ausencia de responsabilidad en general⁵⁴, pero por tratarse de una materia tan controvertida, con posiciones teóricas e ideológicas tan encontradas, ciertamente resulta del todo indispensable una regulación sobre los requisitos en aras de la seguridad jurídica; consideramos, sin embargo, que con la ayuda del Derecho comparado y por medio de una aplicación coherente de las causas de ausencia de responsabilidad, y de los códigos de deontología, podremos dar respuesta a esta problemática.

54 JOSÉ LUIS DIEZ RIPOLLÉS. *Bien jurídico protegido y objeto material del delito de aborto*, Madrid, Edersa, 1989; íd. *Análisis de los elementos de la causa de justificación del art. 147 bis del Código Penal*, Madrid, Edersa, 1989, pp. 110 y ss.

8. El equipo médico que, en desarrollo de su profesión y con los requerimientos generales aquí esbozados, realice un procedimiento conducente a la interrupción voluntaria del embarazo no será sancionado por delito de aborto, pues en los casos en donde la madre tome la decisión de interrumpir su embarazo por una indicación terapéutica o médica, su conducta se encuentra amparada en un estado de necesidad justificante; en el caso de la indicación ética y eugenésica su conducta será inculpable, dado que se presenta la inexigibilidad de otra conducta. Ahora bien, el equipo médico, en todos y cada uno de los anteriores casos, al realizar su actuación de acuerdo a las normas de cuidado y prudencia que le dicta su profesión, y que en el caso colombiano se encuentran prescritas en la Ley 23 de 1981, en donde por medio de una ley se estableció el Código Deontológico Médico, estará ante el cumplimiento de un deber legal, que hará que su conducta devenga justificada.

BIBLIOGRAFÍA

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas*, Madrid, 1991.

BALDO LAVILLA, FRANCISCO. *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Universidad Carlos III de Madrid, Barcelona, Bosch, 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y ELENA LARRAURI PIJOAN. *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, IURA-10, Barcelona, PPU, 1993.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Obras completas. Derecho penal, Parte especial*, t. III, 2.^a ed., 2009.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4.^a ed. aumentada, corregida y puesta al día por HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, Barcelona, PPU, 1994.

CEREZO MIR, JOSÉ. “La regulación del aborto en el Proyecto de Nuevo Código Penal Español”, *ADP*, 1982.

COBO DEL ROSAL, MANUEL y JUAN CARLOS CARBONELL MATEU. “El aborto en el Código Penal español”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Homenaje a Antonio Beristáin*, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1989.

Diccionario de Medicina. Océano Mosby, traducida y adaptada de la 4.^a ed. de la obra original en inglés *Mosby’s Medical, Nursing & Allied Health Dictionary*, Barcelona, Grupo Editorial Océano .

DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. *Bien jurídico protegido y objeto material del delito de aborto*, Madrid, Edersa, 1989.

FERNÁNDEZ, GONZALO D. *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, Montevideo-Buenos Aires, Julio Cesar Faira Editor, 2004.

GÓMEZ PAVÓN, PILAR. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 2004.

HIRSCH, HANS. “La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana, en *La Reforma Penal*, Madrid Edesa, 1982.

Informe de Vigilancia a la Sentencia C-355 de 2006 del 15 de agosto 15 de 2010, Bogotá, Sistema de Vigilancia Superior a la Garantía de los Derechos desde la perspectiva de género, Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.

LANDRÓVE DÍAZ, GERARDO. “Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal”, en *CPC*, 1980.1; *Un Proyecto regresivo en tema de aborto*, en *La Reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela 1980.2.

LAURENZO COPELLO, PATRICIA. *El aborto no punible*, Barcelona, Bosch, 1990.

LOLAS, FERNANDO; ÁLVARO QUEZADA y EDUARDO RODRÍGUEZ (eds.). *Investigación en Salud. Dimensión Ética*, Universidad de Chile, CIEB, 2006.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL (dir.). *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares, 2002.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL. “Indicaciones y causas de justificación en el aborto”, en *CPC*, n.º 36, Madrid, 1988.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

PÉREZ ÁLVAREZ, FERNANDO; CRISTINA MÉNDEZ RODRÍGUEZ y LAURA ZUÑIGA RODRÍGUEZ. *Derecho Penal. Parte Especial*, Ciencias de la Seguridad –CISE–, Universidad de Salamanca, 2009.

POLITOFF, SERGIO; FRANCISCO GRISOLIA y JUAN BUSTOS. *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Chile, Jurídica de Chile, 2009.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA. *El médico ante el Derecho, la responsabilidad penal y civil del médico*, Ministerio de Sanidad y Consumo. Secretaría General Técnica, Publicaciones, documentos y biblioteca, Madrid, 1986.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA. *El médico y el Derecho penal 1. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, Bosch, 1981.

ROXIN, CLAUS. “La protección de la vida humana mediante el derecho penal” (Der Schutz des menschlichen Lebens durch das Strafrecht), MIGUEL ONTIVEROS ALONSO (trad.), MIGUEL ONTIVEROS ALONSO (trad.), conferencia en el Acto Académico de clausura x, Cursos de postgrado en derecho, 25 de enero de 2002.

SERRANO GÓMEZ, ALONSO y ALFONSO SERRANO MAILLO. *Derecho penal. Parte especial*, 11.^a ed., Madrid, Dykinson, 2006.